

GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO; VERDUGO, SERGIO (2013): *ACTIVISMO JUDICIAL EN CHILE ¿HACIA EL GOBIERNO DE LOS JUECES?*, SANTIAGO, LIBERTAD Y DESARROLLO, 302 PP.

Durante los recientes años, los tribunales chilenos se han convertido en importantes actores de la vida política del país. Su creciente relevancia no radica únicamente en las numerosas decisiones judiciales en ámbitos tan disímiles como prestaciones de salud o conductas terroristas, sino también en una nueva forma de razonamiento que trasciende el formalismo interpretativo que tradicionalmente ha caracterizado nuestra cultura jurídica. Para efectos de analizar el nuevo rol de los jueces, los autores de la obra reseñada han elegido el ángulo del activismo judicial, afirmando que una parte de la judicatura está aplicando sus propias preferencias políticas y morales —y consiguientemente abandonando los criterios estrictamente jurídicos— al momento de fallar los casos que le son presentados.

Dependiendo del prisma utilizado por el lector para entender la función de los jueces, diversos puntos de la obra pueden resultar controversiales. Sin embargo, existen varios motivos para celebrar esta publicación. El libro aborda un debate necesario, atendida la importancia pública de las sentencias comentadas y la ausencia de estudios sistemáticos a este respecto en Chile. Asimismo, lo hace de una manera honesta, pues los autores explícitamente toman partido por una determinada forma de entender la labor jurisdiccional y el régimen democrático. Finalmente, el texto es ambicioso, ya que intenta entregar una completa perspectiva. De este modo, los autores organizan la estructura argumental del libro en cuatro partes, presentando una aproximación teórica al activismo judicial, el análisis

jurídico de diversas decisiones calificadas como activistas, las causas que motivarían este comportamiento, y las recomendaciones que prescriben con el objeto de mitigar el fenómeno descrito.

La primera parte del texto se encuentra dirigida a explicar el concepto de activismo judicial. Aludiendo fundamentalmente al debate desarrollado en los Estados Unidos, García y Verdugo explican su origen y diversas acepciones. Es así como revisan la idea de transgresión de los estándares culturales aceptados sobre la función judicial, la falta de aplicación de la legislación y la proactividad de los jueces en la búsqueda de reformas sociales a través de sus sentencias. A continuación, los autores resumen algunas de las principales discusiones sobre el rol de judicatura en relación con el poder político, tales como el carácter contramayoritario de los fallos que no aplican la legislación promulgada por autoridades democráticamente electas, y sus implicancias económicas.

Apelando al principio de separación de poderes, García y Verdugo asumen que no corresponde a la magistratura judicial desatender la ley al momento de sentenciar. Considerando este supuesto, rechazan el arquetipo del juez que adjudica controversias recurriendo a sus preferencias morales o políticas. Pese a no adherir a una definición teórica precisa sobre el activismo, los autores entregan un claro marco conceptual. En esta perspectiva, desarrollan una serie de parámetros —que denominan luces de alerta— para efectos de descubrir razonamientos y decisiones usualmente asociadas a esta clase de comportamiento: ampliación de competencias,

inusitada flexibilidad interpretativa, cambio radical respecto a los precedentes, etc. Este marco conceptual resulta útil para analizar, en concreto, las sentencias que cuestionan.

La segunda parte de la obra consiste en el estudio de decisiones judiciales en las que los autores detectarían indicios de activismo. Para estos efectos, seleccionan algunas sentencias relativas a cinco áreas temáticas: a) regulación medioambiental, b) ocupación ilegal de escuelas por parte de estudiantes secundarios, c) planes privados de salud, d) proceso penal, y d) fallos de la Corte Suprema en relación con decisiones previas del Tribunal Constitucional. Recurriendo a los parámetros antes referidos, García y Verdugo cuidadosamente ilustran como, desde su punto de vista, las decisiones escogidas constituirían evidencia de un larvado activismo. Por ejemplo, los autores citan la aplicación de estándares más altos que los establecidos por la legislación medioambiental o criminal (*Castilla*, pp. 57-59. *Pitronello*, pp. 125-127); la falta de deferencia con la resolución de organismos técnicos (*Campiche*, pp. 51-53); la tolerancia respecto de actos ilícitos, como la ocupación de escuelas, bajo el equívoco argumento del ejercicio de derechos constitucionales (p. 74); una lectura maximalista del derecho al acceso a los planes de salud (*Banmédica*, pp. 97-105); o la desatención a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional por parte de la Corte Suprema (pp. 134-136).

A continuación, García y Verdugo dedican la tercera parte de su trabajo a estudiar los motivos de las conductas activistas que denuncian. A su juicio, las sentencias antes comentadas no constituirían una manifestación aislada. Por el contrario, considerando su gradualidad, cercanía en el tiempo y similar orientación, obedecerían

a un incipiente cambio en la concepción que los jueces tienen acerca de su propia función. Tal giro estaría asociado al diseño institucional, a una nueva cultura judicial y a algunas condiciones externas que habrían influido en nuestros jueces.

Primeramente, los autores estiman que la organización de la judicatura ha creado condiciones que propiciarían el activismo. En particular, destacan un sistema de nombramientos bastante discrecional respecto de los ministros de Corte de Apelaciones y jueces ordinarios, y un deficiente régimen de calificaciones, disciplina y perfeccionamiento. En segundo lugar, García y Verdugo se refieren a la emergencia de un nuevo *ethos* entre los jueces. Este, debido al período de formación de quienes hoy dirigen la judicatura, recogería algunos de los ideales intelectuales de la educación jurídica de mediados de los sesenta, como por ejemplo, una visión del derecho como un obstáculo al cambio social que debería ser removido. En esta perspectiva, los autores identifican al magistrado Carlos Cerda como la persona que habría difundido este nuevo *ethos* entre las nuevas generaciones de magistrados. Posteriormente, en relación a los factores externos, los autores afirman que la creciente influencia de los medios de comunicación y una crítica académica poco robusta han alterado la audiencia a la que los jueces dirigen su atención al momento de fallar.

En la última parte de su obra, los autores ofrecen una serie de metodologías interpretativas y recomendaciones de diseño institucional destinadas a evitar el activismo judicial. Respecto a las primeras, proponen la autorrestricción judicial (*judicial restraint* y deferencia razonada), el minimalismo interpretativo (en la lectura propuesta por *Cass Sunstein*) y el desarrollo de tests de argumentación para disminuir la discrecio-

nalidad. En este sentido, García y Verdugo manifiestan que nuestra cultura jurídica unitaria, tradicionalmente asociada a la separación de poderes y el formalismo jurídico, es un terreno fértil para la aplicación de estas metodologías. En relación a las reformas de diseño institucional, proponen medidas como un mayor escrutinio por parte del Senado en el proceso de nombramiento de los miembros de la Corte Suprema, la diversificación de los actores intervinientes en el proceso de perfeccionamiento y la creación de índices objetivos de desempeño.

Sin duda, resulta imposible evaluar de manera pormenorizada todos y cada uno de los argumentos que los autores presentan. García y Verdugo han desarrollado una incitante investigación en la que describen conflictos y dinámicas altamente complejas. Asimismo, conviene recordar que la idea misma de activismo judicial no constituye un asunto pacífico en la esfera académica. En efecto, la mayor parte de la literatura comparada –tanto empírica como teórica– ha preferido otros ángulos de análisis para abordar el fenómeno descrito por los autores, como la independencia judicial o la legitimidad de la revisión constitucional de la legislación o los actos de gobierno (*judicial review*). En razón de lo anterior, parece adecuado centrar el análisis en dos aspectos que pueden ofrecer flancos de cuestionamiento a la línea argumental ofrecida.

Un primer aspecto que merece ser examinado es el concepto de activismo en relación a las decisiones comentadas por los autores. Entre los casos estudiados prácticamente no existe un activismo judicial directo, es decir, aquel en que las decisiones judiciales buscan realmente lograr un cambio social o institucional. Para ilustrar este criterio es conveniente presentar un parámetro de comparación: la reforma al

sistema penitenciario de Arkansas, Texas y Colorado emprendida por algunos jueces federales durante los sesenta y setenta en los Estados Unidos. En esta materia, los magistrados asignaron los casos a los abogados, establecieron estándares mínimos para las condiciones de privación de libertad, seleccionaron regulaciones entre las diversas políticas de administración penitenciaria y, finalmente, supervisaron la aplicación de las decisiones judiciales a lo largo del tiempo. Todo ello en contra del principio de separación de poderes, de la esfera de acción del gobierno federal y de los precedentes previos¹. Entre las sentencias estudiadas no existe un caso análogo.

Quizás, el único ámbito en que los jueces estarían tomando decisiones de política pública, de alcance general, es respecto de los planes privados de salud. En efecto, con independencia del juicio de mérito sobre las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria sobre la materia, es posible afirmar que en este ámbito los tribunales se han alejado de su habitual pasividad política, actuando como agentes reguladores. La gradualidad de esta intervención y las eventuales motivaciones de los magistrados intervinientes presentan una interesante oportunidad de investigación académica.

Tal como García y Verdugo proponen, la mayor parte de los casos presentados deberían enmarcarse dentro de otra acepción de activismo judicial, bastante más tenue si es que se pretende seguir usando el concepto. Esta se refiere a decisiones en que los magistrados habrían superpuesto sus propias

¹ FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward (2000): *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons* (New York, Cambridge University Press).

preferencias a las de la ley. En este sentido, los autores plantean una pregunta académica difícil de responder, pues no siempre es posible distinguir aquellas preferencias personales de la deficiente argumentación jurídica. Para ello es necesario: (a) que el Derecho ofrezca respuestas claras e inequívocas; y (b) que el juez resuelva buscando seguir su propia conciencia (y no simplemente que erre debido a otras razones). Ello es particularmente complejo de distinguir cuando se trata de un ordenamiento jurídico que crecientemente establece principios amplios y derechos subjetivos de textura abierta, los que deben ser aplicados por jueces que han sido educados en una cultura jurídica extremadamente formalista.

En la perspectiva de esta última acepción de activismo, es conveniente dividir los casos estudiados en dos grupos. El primero reúne diversas sentencias en que nuestros jueces han preferido sus propias convicciones a las de la ley, pese a que esta última es clara. Por ejemplo, las decisiones citadas sobre la ocupación de establecimientos educacionales y varias de las sentencias dictadas por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago deben ser consideradas dentro de esta definición de activismo. El segundo grupo, por el contrario, se refiere a conflictos en los que el Derecho puede ser interpretado en más de una dirección, o al menos, a razonamientos opacos en los que los jueces pueden haber incurrido en error. Las sentencias citadas sobre regulación medioambiental podrían ser incluidas aquí (no debiendo ser identificadas como ejemplos de activismo).

Lamentablemente, el espacio de esta recensión no es suficiente para realizar un análisis casuístico de la evidencia presentada en el texto. En lo inmediato, conviene destacar que los autores realizan una importante contribución al intentar establecer paráme-

tros que permiten ponderar el apego a la ley en sentencias controversiales (“luces de alerta”). Ello resulta aún más meritorio considerando se trata de una tarea difícil de abordar.

Un segundo argumento que merece examen es la inferencia que García y Verdugo desarrollan para explicar las causas del activismo judicial en nuestro país. Ciertamente, han existido diversos orígenes institucionales y culturales para este cambio, algunos de los cuales han sido destacadas por los autores. Sin embargo, la descripción ofrecida parece aún demasiado simple como para explicar completamente este fenómeno. Asimismo, es conveniente indicar que el punto de partida utilizado por los autores —la irrestricta adhesión al formalismo jurídico por parte de nuestros tribunales, incluso en los casos que suscitan mayor interés y desacuerdo en la esfera pública— es un asunto cuyo alcance aún necesita ser abordado empíricamente de manera sistemática por la historia jurídica.

Respecto a los factores institucionales, los autores aseveran que la extrema verticalidad de la judicatura y otras deficiencias en el régimen de nombramiento, disciplina y calificación constituyen estructuras que favorecerían el activismo. Empero, aquel argumento debe ser aclarado. En efecto, otros investigadores, como Lisa Hilbink, han aducido que similares características organizacionales habrían sido claves para el desarrollo de un poder judicial políticamente pasivo y apegado al formalismo jurídico en Chile durante el siglo veinte². De este modo, resulta necesario explicar más claramente las dinámicas que permitirían que un similar modelo organizacional posea

² HILBINK, Lisa (2007): *Judges Beyond Politics in Dictatorship and Democracy. Lessons from Chile* (New York, Cambridge University Press).

resultados diversos (en particular respecto a un eventual control por parte de quienes dirigen la judicatura o a factores políticos externos que incidan en su comportamiento).

En relación al cambio del *ethos* dominante al interior de la cultura judicial, también surgen algunas cuestiones que requieren mayor análisis. Sin duda, existe una parte de la judicatura que está asumiendo un nuevo rol. No obstante, los orígenes de tal fenómeno exceden con creces la influencia del Ministro Carlos Cerda, en quien los autores centran su estudio. La crítica al formalismo jurídico y al literalismo interpretativo es un movimiento mucho más plural, que ha abarcado todo el espectro político en nuestro país (inclusive a conservadores quienes han promovido la renovación del Derecho Público chileno). Asimismo, deben ser incluidos otros elementos como la emergencia del neoconstitucionalismo a nivel global –mediante autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy o Luigi Ferrajoli– o la reorientación del ordenamiento normativo en torno a objetivos programáticos y los derechos humanos. Estas constituyen variables relevantes a la hora de analizar los orígenes de un cambio en las expectativas sobre el rol de los jueces en nuestra cultura jurídica³.

Finalmente, también existen algunos cuestionamientos respecto a las variables externas que García y Verdugo identifican. Una mayor influencia de los medios de comunicación y una deficiente crítica académica pueden resultar importantes, tal como

afirman. Sin embargo, probablemente no sean las variables externas más relevantes. Existen otras más significativas que deben ser estudiadas empíricamente para efectos de inferir las causas de este fenómeno: fragmentación política, delegación de resolución de conflictos, y una especie de culpa institucional que se ha asignado a los jueces desde la esfera pública.

En primer lugar, la ausencia de actores que dominen de manera incontrarrestable la arena política pareciera abrir espacios a una mayor discrecionalidad. Prácticamente la totalidad de la literatura empírica sobre independencia judicial afirma que la judicatura es influida por quienes dominan el poder político. En efecto, este último controlaría los nombramientos, la posible aplicación de sanciones y la legislación aplicable, generando incentivos en los jueces. En consecuencia, de existir un grupo político que controle los demás poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo), este podrá influir a mediano plazo en el comportamiento judicial. Por el contrario, si un sistema político se encuentra fragmentado o polarizado por un largo tiempo, el control sobre la judicatura resultaría más problemático, abriendo espacios para que los jueces puedan actuar con menor deferencia⁴. Ciertamente, el desarrollo político reciente del país, más los incentivos generados por algunos de los cambios en las estructura judiciales, podrían apuntar en tal sentido.

³ COUSO, Javier (2010): "The Transformation of the Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America", en Javier Couso, Alexandra Hunneus, Rachel Seider (eds.): *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America* (New York, Cambridge University Press) pp. 141-160.

⁴ Véase como ejemplo: DAHL, Robert (1957): "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker," *Journal of Public Law* 6, pp: 279-95; RAMSEYER, Mark y RASMUSSEN, Eric (2001): "Why are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?" *American Political Science Review* 95: pp. 331-344; FEREJOHN, John; KRAMER, Larry (2002): "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", *New York University Law Review* 77: pp. 962-1039.

En segundo lugar, es posible afirmar que el poder político ha estado implícitamente delegando la resolución de algunos conflictos en la judicatura. Ante la imposibilidad de acordar regulaciones minuciosas, los distintos grupos políticos se han visto en la necesidad de llegar a arreglos legislativos imperfectos, entregando tácitamente la resolución de conflictos de interés a la litigación. Por ejemplo, las deficiencias en la regulación del uso territorial podrían constituir una causa incidente en algunas de las decisiones judiciales relativas a proyectos energéticos (como el caso *Campiche*), inclusive cuando otros aspectos de la institucionalidad medioambiental sean bastante sofisticados. Naturalmente, esta consideración no es aplicable a todas las sentencias estudiadas, en las que la ley pueda ser clara.

Por último, cabe destacar un sentimiento de culpa institucional que muchos jueces han asumido. Desde la esfera pública, diversos actores políticos les han acusado de pasividad en la defensa de los derechos de las personas frente a graves actos de violencia política cometidos durante las décadas de los setenta y ochenta. Aunque la Corte Suprema afirmó hasta hace algunos años que cumplió con sus obligaciones al respecto, varios jueces han expresado recientemente su desacuerdo con tal planteamiento. Así, las nuevas generaciones de magistrados han tratado de construir un nuevo modelo de responsabilidad judicial, quizás viendo en una lectura expansiva de las garantías constitucionales —como los derechos económicos-sociales— una oportunidad de ganar legitimidad política a manera de expurgación⁵.

En consecuencia, las causas que incidirían en un nuevo patrón de comportamiento entre algunos jueces, quienes habrían abandonado el templado formalismo jurídico que les habría sido característico, parecerían ser variadas y complejas. Por ello, la explicación ofrecida en el texto requiere ser perfeccionada. No obstante, para hacer justicia con los autores, es imperativo indicar que los cuestionamientos sobre la explicación causal que presentan no les son del todo imputables. Nuestra academia se encuentra en deuda en lo que respecta a estudios empíricos sobre la judicatura. Así, la evidencia con la que actualmente contamos es limitadísima a la hora de intentar una observación sistemática.

En suma, el libro reseñado constituye una contribución relevante que presenta un fenómeno que requiere nuestra urgente atención. Hoy, debido a las preguntas que plantea, debe ser considerado una publicación imprescindible a la hora de abordar esta temática en nuestro país. Conviene indicar, sin embargo, que este trabajo no pretende ser una obra definitiva. Por el contrario, tal como plantean los autores, el libro debe ser entendido como una invitación a pensar la judicatura y el Estado de Derecho que entrega uno de los posibles puntos de vista sobre el particular. Es necesario agradecer a José Francisco García y Sergio Verdugo, dos de los profesores de Derecho Público más promisorios en nuestra academia, el proponer un diálogo en este ámbito.

CRISTIÁN VILLALONGA TORRIJO

Pontificia Universidad Católica de Chile

⁵ HUNNEUS, Alexandra (2010): "Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn", *Law & Social Inquiry*, 35: pp. 99-135.